

Kekuatan Indirect Evidence dalam Pembuktian Kasus Persekongkolan Tender dan Penerapannya didalam Proses Tender

Sastyo Aji Darmawan

UKPBJ Kementerian Hukum dan HAM Republik Indonesia

Article Info

Article history:

Received, Mar 31, 2022

Revised, Apr 30, 2022

Accepted, Apr 30, 2022

Keywords:

Indirect Evidence,
Persekongkolan Tender,
KPPU,
MDP,
Rule of Reason.

ABSTRAK

KPPU seringkali menggunakan bukti-bukti tidak langsung (*indirect evidence*) untuk memproses perkara-perkara persekongkolan di pengadilan. Sebab, persekongkolan tender terjadi karena adanya perjanjian tidak tertulis antara pelakunya. Kewenangan KPPU yang tidak sekuat Kepolisian/Kejaksaan/KPK dalam melakukan investigasi tidak memberikan kemudahan bagi organisasi tersebut untuk mengumpulkan bukti-bukti langsung kasus-kasus persekongkolan tender. Salah satu Indirect Evidence yang digunakan oleh KPPU adalah bukti ekonomi yang termasuk dalam kategori bukti petunjuk. Meskipun sudah jelas tertuang di dalam peraturan perundang-undangan, namun tidak semua majelis hakim mengenal dan memahami bukti ekonomi. Penelitian Darmawan (2016) mengajukan bagaimana bukti ekonomi dapat dipahami dengan mudah oleh para penegak hukum, dan bahkan Pokja Pemilihan. Akan tetapi, pengakuan bukti ekonomi di kalangan penegak hukum pun masih menjadi perdebatan. Di sisi lain, Pokja Pemilihan yang bekerja berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah beserta aturan perubahannya belum sepenuhnya memahami bagaimana pendekatan *rule of reason* dalam menyikapi praktik persekongkolan tender.

This is an open access article under the [CC BY-SA](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/) license.



Corresponding Author:

Sastyo Aji Darmawan,
UKPBJ Kementerian Hukum dan HAM,
Jl. HR. Rasuna Said Kav 6-7, Kuningan, Jakarta Selatan.
Email: dsastyoaji@gmail.com

1. PENDAHULUAN

Dalam menumpas praktik persekongkolan tender, KPPU sulit menemukan bukti-bukti langsung. Seringkali KPPU menggunakan bukti-bukti tidak langsung untuk memproses perkara-perkara tersebut di pengadilan. Wajar saja, persekongkolan tender sama halnya seperti kartel yang terjadi karena adanya perjanjian tidak tertulis antara pelakunya. Kewenangan KPPU yang tidak sekuat Kepolisian/Kejaksaan/KPK dalam melakukan investigasi tidak memberikan kemudahan bagi organisasi tersebut untuk mengumpulkan bukti-bukti langsung kasus-kasus persekongkolan tender. Keberadaan bukti tidak langsung yang merupakan bukti petunjuk menjadi sangat diandalkan.

Pasal 42 UU No. 5/1999 menyatakan bahwa alat-alat bukti dalam pemeriksaan perkara persaingan usaha terdapat lima jenis yaitu keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan atau dokumen, petunjuk dan keterangan pelaku usaha. Selanjutnya, dalam Pasal 57 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2019 tentang Tata Cara Penanganan Perkara Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

(PerKPPU No. 1/2019), dijelaskan bahwa bukti ekonomi dan bukti komunikasi termasuk dalam kategori alat bukti petunjuk.

Bukti ekonomi merupakan penggunaan dalil-dalil ilmu ekonomi yang ditunjang oleh metode analisis data kuantitatif dan atau kualitatif serta hasil analisis ahli, yang semuanya bertujuan untuk memperkuat dugaan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Sedangkan bukti komunikasi merupakan pemanfaatan data dan atau dokumen yang menunjukkan adanya tukar menukar informasi antar pihak yang diduga melakukan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Meskipun sudah jelas tertuang di dalam peraturan perundang-undangan, namun tidak semua majelis hakim mengenal dan memahami bukti ekonomi. Wajar, disiplin ilmu yang dianut oleh para hakim tentu berbeda dengan para ahli ekonomi. Apalagi di tataran Pokja Pemilihan saat melakukan evaluasi dokumen penawaran di dalam sebuah tender. Latar belakang pendidikan Pokja Pemilihan yang beragam tentunya tidak menjadikan cara ini mudah untuk dipahami dan diterapkan. Oleh karena itulah, upaya mensosialisasikan cara-cara pendeteksian persekongkolan tender dengan dalil-dalil ilmu ekonomi yang ditunjang oleh metode analisis data kuantitatif dan atau kualitatif seperti yang saya ajukan, masih sangat diperlukan.

Sebagai contoh, Darmawan (2016) menggunakan dalil ilmu ekonomi yang menjadi acuan pada cara pendeteksian persekongkolan yang dikutip dari penelitian Porter dan Zona (1993) serta Bajari dan Ye (2003) yaitu dimana penawaran-penawaran pelaku usaha yang dikompetisikan tidak boleh saling berkorelasi (*conditional independence*). Untuk mengetahui sebuah penawaran memenuhi syarat *conditional independence* tersebut, maka diperlukan analisis data kuantitatif, yakni dengan membandingkan proporsi harga satuan/analisa harga satuan antar pelaku usaha atau dengan harga satuan pada HPS.

Rincian HPS yang bersifat rahasia, dan independensi setiap pelaku usaha dalam mengajukan penawaran menjadi penguat argumen bahwa proporsi harga satuan yang berpola menunjukan adanya kebocoran rincian HPS dan/atau komunikasi antara pelaku usaha sebelum mengajukan penawaran. Jika kondisi ini terjadi, maka dapat diduga kuat persekongkolan tender telah terjadi.

Dengan sedikit waktu untuk menyimak argument-argumen ini, ditambah juga dengan contoh-contoh kasus yang dapat terjadi, apapun latar belakang pendidikan dan disiplin ilmu para penegak hukum serta Pokja Pemilihan tidak akan menjadi hambatan yang berarti. Cara ini dapat dilakukan oleh semua orang tanpa harus mengenyam pendidikan kekhususan terlebih dahulu.

Penelitian Darmawan (2016) mengajukan bagaimana bukti ekonomi dapat dipahami dengan mudah oleh para penegak hukum, dan bahkan Pokja Pemilihan. Akan tetapi, terlepas dari mudahnya memahami cara untuk mendeteksi persekongkolan di dalam tender melalui pola penawaran harga ini, pengakuan bukti ekonomi di kalangan penegak hukum pun masih menjadi perdebatan. Mulai dari jumlah minimal alat bukti hingga kekuatan alat bukti itu sendiri di muka pengadilan.

Di sisi lain, Pokja Pemilihan yang bekerja berdasarkan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah beserta aturan perubahannya belum sepenuhnya memahami bagaimana pendekatan hukum persekongkolan tender dapat diterapkan.

Di latar belakang hal tersebut, Penulis menganggap perlunya ulasan tentang kekuatan *indirect evidence* dalam pembuktian kasus persekongkolan tender dan penerapannya di dalam proses tender.

2. METODE PENELITIAN

Metode penelitian yang digunakan adalah kualitatif dengan menggunakan tinjauan yuridis, yakni dengan membandingkan peraturan perundang-undangan yang berlaku tentang persaingan usaha dan pengadaan barang/jasa untuk merekomendasikan penerapan yang tepat dalam menilai penawaran peserta tender yang terindikasi melakukan persekongkolan tender.

Data yang digunakan sebagai contoh penawaran harga peserta tender yang melakukan persekongkolan adalah sepenuhnya data *dummy*. Data ini digunakan untuk memberikan gambaran yang lugas kepada para pembaca tentang bagaimana seharusnya menyikapi penawaran peserta tender yang terindikasi melakukan persekongkolan dari pendekatan hukum *rule of reason* sebagaimana telah digunakan dalam Pasal 22 UU No. 5/1999.

3. HASIL DAN PEMBAHASAN

a. Kekuatan Bukti Ekonomi

Ketua Umum *Indonesian Competition Lawyer Association (ICLA)* Asep Ridwan, sebagaimana dikutip dari Hukum Online menjelaskan esensi alat bukti petunjuk pada KUHAP adalah perbuatan, kejadian, atau keadaan yang karena persesuaiannya menandakan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana dan siapa pelakunya. Dia menjelaskan petunjuk hanya diperoleh dari keterangan saksi, surat dan keterangan terdakwa. Penilaian atas kekuatan bukti petunjuk tersebut dilakukan hakim secara arif dan bijaksana setelah memeriksa dengan cermat dan seksama berdasarkan hati nurani.

Sementara, esensi petunjuk pada Perkom 1/2019 berupa bukti ekonomi dan bukti komunikasi bersifat pilihan sehingga salah satu bukti tersebut ditemukan sudah cukup untuk menetapkan pihak-pihak tertentu sebagai tersangka. Ketentuan ini menunjukkan bahwa penerapan *indirect evidence* yang seharusnya membutuhkan analisa lebih lanjut menjadi tidak berlaku.

Menurut Asep, prinsip *indirect evidence* lebih mengarah pada prinsip bukti ekonomi. Namun dia menjelaskan prinsip bukti ekonomi juga bisa bersifat ambigu. Sebagai contoh pada kasus kenaikan harga komoditi tertentu secara bersamaan. Menurutnya, kenaikan harga tersebut bisa saja terjadi bukan karena perjanjian kartel, namun bisa juga terjadi secara alami tanpa terjadi pelanggaran persaingan usaha. Faktor-faktor alamiah tersebut dipengaruhi oleh bahan baku yang sama, kenaikan tarif pajak, resesi, atau respon para pelaku usaha terhadap perubahan harga yang dilakukan pesaingnya di dalam pasar.

Pendapat Asep mungkin tidak relevan untuk penawaran harga yang berkorelasi di dalam sebuah tender. Akan tetapi, faktor-faktor alamiah pun dapat mempengaruhi adanya korelasi antar penawaran harga peserta tender, khususnya pada tender yang mata pembayarannya sangat banyak dan setiap harga satuan terdiri dari komponen biaya yang banyak pula, misalnya pada Pekerjaan Konstruksi. Faktor-faktor alamiah tersebut, antara lain:

- 1) kesamaan upah minimum/harian di daerah tertentu;
- 2) material/bahan kerja yang homogen atau harganya yang sudah ditetapkan oleh Pemerintah setempat;
- 3) kesamaan sumber material/bahan;
- 4) koefisien upah, material dan alat pada analisa harga satuan yang sudah terstandarisasi; atau
- 5) form Analisa harga satuan yang dibagikan kepada peserta tanpa dihilangkan harga satuannya.

Kemungkinan faktor-faktor alamiah mempengaruhi korelasi antara penawaran Peserta tender dan/atau dengan HPS akan selalu ada. Oleh karena itu penerapan analisis kuantitatif dalam membuktikan ada/tidaknya persekongkolan di dalam tender perlu didukung juga dengan analisa kualitatif. Dalam tataran pelaksanaan tender, Pokja Pemilihan perlu melakukan klarifikasi terhadap dugaan persekongkolan yang muncul dari hasil analisa kuantitatif. Klarifikasi tersebut diperlukan untuk memastikan apakah faktor-faktor alamiah seperti yang disebutkan di atas memang mempengaruhi munculnya korelasi pada penawaran harga atau tidak.

Ambiguitas *indirect evidence* pun diakui oleh OECD (2006), sebagaimana tertuang pada kutipan dibawah ini:

The better practice is to use circumstantial evidence holistically, giving its cumulative effect, rather than on an item by item basis.

Economic evidence is always ambiguous, it could be consistent with either agreement or independent action. Therefore, it requires careful analysis.

Selain itu, penggunaan bukti ekonomi di beberapa Negara pun bervariasi. Penjelasan ini dikutip dari paparan Asep Ridwan dalam Webinar 20 Tahun KPPU: Indirect Evidence Dalam Pembuktian Perkara Kartel di Indonesia, 23 Juli 2020. Dia menjelaskan, di Amerika Serikat, dimana hukum persaingan usaha berasal, lebih sering mendasarkan kasus kartelnya pada *direct evidence*, seperti kesaksian dari para peserta kartel yang seringkali diperoleh dari hasil program leniensi. Hal ini dilakukan karena penggunaan *indirect evidence* banyak menyebabkan kesalahan, sehingga Amerika Serikat lebih mengutamakan pengembangan program leniensi yang efektif.

Di Uni Eropa, *European Commission* menggunakan *direct evidence* dan *indirect evidence*. Beberapa *indirect evidence* yang khas digunakan adalah perintah perjalanan, undangan pertemuan, bukti ekonomi, dll. Namun demikian, hal penting dalam penggunaan *indirect evidence* adalah

indirect evidence harus dilihat dalam hubungannya dengan *direct evidence* dan *indirect evidence* lainnya.

Sementara itu, di Indonesia terdapat beberapa perkara kartel yang diputus oleh KPPU dibatalkan oleh Pengadilan Negeri dan Mahkamah Agung namun ada juga yang justru dikuatkan oleh Mahkamah Agung.

Pada perkara dugaan kartel dalam industry minyak goreng tahun 2009 misalnya. Pengadilan Negeri membatalkan Putusan KPPU karena menilai bahwa pembuktian mengenai ada/tidaknya perjanjian di antara Para Terlapor tidak dapat dilakukan dengan berdasarkan pada *indirect evidence*, dan harus didasarkan pada fakta-fakta yang diperoleh dalam proses pemeriksaan di KPPU. Pada intinya Majelis Hakim berpendapat bahwa:

- a. *Indirect evidence* tidak dapat dipersamakan dengan alat bukti petunjuk dalam UU No. 5/1999 ataupun ranah hukum acara pidana (yang mempunyai kesamaan dengan UU No. 5/1999);
- b. Bukti ekonomi tidak dapat digunakan sebagai dasar pembuktian karena pembuktian atas suatu dalil tidak dapat didasari pada asumsi, teori, dugaan, penafsiran atau interpretasi semata-mata;
- c. Bukti komunikasi yang digunakan oleh KPPU tidak dapat meyakinkan bahwa dalam komunikasi tersebut, baik secara langsung maupun tidak langsung, telah terjadi perjanjian tidak tertulis yang berisi kesepakatan di antara Para terlapor.
- d. Dikarenakan bukti komunikasi yang dihadirkan tidak cukup kuat untuk membuktikan adanya perjanjian, maka *price parallelism* yang terjadi diantara Para Terlapor juga tidak dapat dipastikan terjadi karena adanya perjanjian diantara Para Terlapor.

Mahkamah Agung kemudian menguatkan Putusan Pengadilan Negeri, dan menyatakan bahwa *indirect evidence* tidak dapat dipersamakan dengan alat bukti petunjuk karena diperoleh melalui dugaan, penafsiran atau interpretasi, logika dan asumsi, sedangkan alat bukti petunjuk harus diperoleh dari keterangan saksi, surat maupun keterangan pelaku usaha/terlapor.

Pembatalan putusan KPPU oleh Pengadilan Negeri dan Mahkamah Agung terkait tidak kuatnya *indirect evidence* pun terjadi pada perkara Penetapan Fuel Surcharge dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik Tahun 2009 dan Dugaan Kartel Dalam Industri Farmasi Tahun 2010.

Sementara itu pada perkara Pengadaan Give Away Haji di PT. Garuda Indonesia, Pengadaan Peralatan CT Scan di RSUD Dr. Pringadi, Importasi Bawang Putih, dan Tender Pembangunan Jaringan Air Bersih, meskipun putusan KPPU dibatalkan oleh Pengadilan Negeri, namun Mahkamah Agung justru menguatkan putusan KPPU tersebut.

Mahkamah Agung membatalkan Putusan Pengadilan Negeri dengan pertimbangan bahwa dalam persekongkolan antara satu pelaku usaha dengan pelaku usaha lain melakukan perjanjian dengan diam-diam (*tacit agreement*) sehingga penggunaan *indirect evidence* menjadi sangat penting. Mahkamah Agung berpendapat bahwa *indirect evidence* dapat dipersamakan dengan bukti petunjuk yang dikenal dalam sistem hukum Indonesia.

Meskipun kekuatan *indirect evidence*, khususnya bukti ekonomi dalam sistem hukum di Indonesia masih menjadi perdebatan, namun penggunaannya dalam lingkup tender bukan berarti dikesampingkan. Bukti Ekonomi tetap dapat digunakan sebagai dasar melihat ada/tidak nya indikasi persekongkolan di dalam tender. Akan tetapi untuk menetapkan para pelakunya digugurkan dan dikenakan sanksi Daftar Hitam masih memerlukan analisa kualitatif terlebih dahulu. Selain itu di dalam Model Dokumen Pemilihan yang disusun oleh LKPP memang belum mengakomodir eksistensi bukti ekonomi dan penerapan bukti permulaan yang cukup yang sebenarnya.

b. Kekuatan Bukti Ekonomi

Dalam proses pra peradilan, Pasal 17 KUHAP menyatakan perintah penangkapan dilakukan terhadap seorang yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti permulaan yang cukup. Pada praktiknya, bukti permulaan yang cukup dimaknai sebagai minimal dua alat bukti sesuai Pasal 184 KUHAP, yaitu:

- a. keterangan saksi;
- b. keterangan ahli;
- c. surat;
- d. petunjuk;
- e. keterangan terdakwa.

KUHAP dengan tegas menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan "bukti permulaan yang cukup" ialah bukti permulaan untuk menduga adanya tindak pidana sesuai dengan bunyi Pasal 1 butir 14 KUHAP. Pasal ini menentukan bahwa perintah penangkapan tidak dapat dilakukan dengan sewenang-wenang, tetapi ditujukan kepada mereka yang betul-betul melakukan tindak pidana.

Merujuk pada Pasal 17 beserta penjelasannya, tidak ada ketentuan yang eksplisit menyebutkan apa saja bukti permulaan yang cukup itu. Namun kemudian, dalam putusannya bernomor 21/PUU-XII/2014, Mahkamah Konstitusi menyatakan inkonstitusional bersyarat terhadap frasa "bukti permulaan", "bukti permulaan yang cukup", dan "bukti yang cukup" dalam Pasal 1 angka 14, Pasal 17, dan Pasal 21 ayat (1) KUHAP sepanjang dimaknai minimal dua alat bukti sesuai Pasal 184 KUHAP.

Mahkamah Konstitusi beralasan KUHAP tidak memberi penjelasan mengenai batasan jumlah (alat bukti) dari frasa "bukti permulaan", "bukti permulaan yang cukup", dan "bukti yang cukup". Mahkamah menganggap syarat minimum dua alat bukti dan pemeriksaan calon tersangka untuk transparansi dan perlindungan hak asasi seseorang agar sebelum seseorang ditetapkan sebagai tersangka telah dapat memberi keterangan secara seimbang. Hal ini menghindari adanya tindakan sewenang-wenang oleh penyidik terutama dalam menentukan bukti permulaan yang cukup itu.

Putusan MK tersebut menjelaskan bahwa sepanjang 1 (satu) bukti permulaan telah cukup menguatkan dugaan adanya perbuatan tindak pidana, dalam hal ini misalnya indikasi persekongkolan di dalam tender, maka pelaku usaha yang diduga melakukan persekongkolan dapat diproses dalam peradilan setelah yang bersangkutan diberikan kesempatan untuk memberikan keterangan secara seimbang.

Jika demikian, dalam lingkup pelaksanaan tender, Pokja Pemilihan pun dapat menetapkan penawaran pelaku usaha terindikasi melakukan 1 (satu) indikasi persekongkolan namun harus diawali dengan meminta keterangan kepada para pihak yang terlibat.

Praktiknya justru tidak semudah itu. Model dokumen pemilihan yang biasa menjadi rujukan bagi para Pokja Pemilihan untuk memulai pelaksanaan tender belum sejalan dengan makna putusan MK 21/PUU-XII/2014 dan esensi bukti petunjuk dalam PerKPPU No. 1/2019. Di dalam model dokumen pemilihan yang diatur dalam Peraturan LKPP Nomor 12 Tahun 2021 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Melalui Penyedia, Pokja Pemilihan wajib melakukan pemeriksaan terkait persaingan usaha yang tidak sehat dan pengaturan bersama/kolusi/ tindakan yang terindikasi persekongkolan antar Peserta pada setiap tahap evaluasi, dan indikasi persekongkolan dimaksud harus dipenuhi sekurang-kurangnya 2 (dua) indikasi di bawah ini:

- 1) Terdapat kesamaan dokumen teknis, antara lain: metode kerja, bahan, alat, analisa pendekatan teknis, harga satuan, spesifikasi barang yang ditawarkan (merek/tipe/jenis) dan/atau dukungan teknis.
- 2) seluruh penawaran dari Peserta mendekati HPS.
- 3) adanya keikutsertaan beberapa Peserta yang berada dalam 1 (satu) kendali.
- 4) adanya kesamaan/kesalahan isi dokumen penawaran, antara lain kesamaan/kesalahan pengetikan, susunan, dan format penulisan.

Kesan belum sejalan ini nampak pada frasa "Sekurang-kurangnya 2 (dua) indikasi" dan jenis-jenis indikasi yang dicontohkan. Akan tetapi hal ini menjadi wajar bagi para Pokja Pemilihan ataupun penyusun Model Dokumen Pemilihan. Sebab, Pokja Pemilihan bisa jadi tidak dapat mengetahui semua petunjuk/komunikasi persekongkolan di dalam tender yang tengah mereka kerjakan. Mungkin memang hanya bentuk-bentuk indikasi yang tercantum di dalam model dokumen pemilihan yang bisa ditemukan di dalam proses tender.

Akan tetapi, mengingat larangan persaingan usaha tidak sehat telah menjadi salah satu Etika Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, keterbatasan penulisan Model Dokumen Pemilihan idealnya tidak menjadi alasan bagi para Pelaku Pengadaan, khususnya Pokja Pemilihan untuk tidak memeriksa atau tidak mengakui indikasi persekongkolan di luar bentuk-bentuk indikasi yang dicontohkan.

Selama dalil-dalil hukum/ekonomi yang berlaku memberi ruang untuk melakukan hal-hal yang melampaui ketentuan yang diatur dalam model dokumen pemilihan, maka *overlapping* Pokja Pemilihan justru sangat diperlukan. Terlebih, UU No.5 1999 dan Pedoman Pasal 22 UU No. 5/1999

Tentang Larangan Persekongkolan Tender telah memberikan panduan bagi kita semua untuk mengetahui indikasi-indikasi persekongkolan tender itu.

Pokja Pemilihan dengan pengetahuan yang dimilikinya wajib menyusun Dokumen Pemilihan sesuai dengan kebutuhan pekerjaan. Sehingga penambahan bentuk indikasi persekongkolan di dalam Dokumen Pemilihan, salah satunya dengan memasukan proporsi harga satuan yang berpola antar peserta tender dan/atau terhadap rincian HPS sebagai bagian dari indikasi persekongkolan, bukanlah hal yang terlarang.

Sebagai alternatif, syarat minimal bentuk-bentuk indikasi persekongkolan sebaiknya tidak dipersempit dengan frasa “sekurang-kurangnya 2 (dua) indikasi di bawah ini”. Seolah-olah hanya indikasi-indikasi itu yang bisa ditemukan di dalam tender dan minimal 2 (dua) dari indikasi tersebut harus terpenuhi. Barangkali, Pokja Pemilihan dapat menyempurnakan kalimat di dalam dokumen pemilihan menjadi seperti ini:

“Pokja Pemilihan wajib melakukan pemeriksaan terkait persaingan usaha yang tidak sehat dan pengaturan bersama/kolusi/ tindakan yang terindikasi persekongkolan antar Peserta pada setiap tahap evaluasi.

*Pokja Pemilihan dalam menetapkan adanya persekongkolan harus berdasarkan **bukti permulaan yang cukup** yang dapat dilihat dari indikasi-indikasi persekongkolan.*

*Indikasi persekongkolan dimaksud antara lain **namun tidak terbatas pada:***

- 1) Terdapat kesamaan dokumen teknis, antara lain: metode kerja, bahan, alat, analisa pendekatan teknis, harga satuan, spesifikasi barang yang ditawarkan (merek/tipe/jenis) dan/atau dukungan teknis.*
- 2) seluruh penawaran dari Peserta mendekati HPS.*
- 3) adanya keikutsertaan beberapa Peserta yang berada dalam 1 (satu) kendali.*
- 4) adanya kesamaan/kesalahan isi dokumen penawaran, antara lain kesamaan/kesalahan penyetikan, susunan, dan format penulisan.*
- 5) adanya korelasi antara harga satuan penawaran peserta yang dibuktikan dengan hasil uji korelasi/proporsi antara harga satuan/analisa harga satuan penawaran Peserta”.*

Selanjutnya, Pokja Pemilihan perlu mengetahui bahwa pendekatan hukum yang digunakan untuk larangan persekongkolan tender adalah *Rule of Reason*. Pemahaman tentang pendekatan ini tidak kalah pentingnya ketimbang pemenuhan minimal 2 (dua) indikasi persekongkolan seperti dijelaskan di atas. Sebab bisa jadi, meskipun 2 (dua) indikasi persekongkolan sudah terpenuhi namun secara kualitatif indikasi tersebut tidak memenuhi kondisi *rule of reason*, seharusnya Pokja Pemilihan tidak dapat menggugurkan penawaran para pelaku persekongkolan itu.

Sebaliknya jika hanya ada 1 (satu) indikasi persekongkolan dan secara kualitatif indikasi tersebut memenuhi kondisi *rule of reason*, Pokja Pemilihan dapat menggugurkan penawaran para pelaku persekongkolan itu tanpa ragu-ragu.

c. Pendekatan *Rule of Reason* dan *Per se Illegal*

Pendekatan *rule of reason* dan *per se illegal* telah lama diterapkan dalam bidang hukum persaingan usaha untuk menilai apakah suatu kegiatan maupun perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha telah atau berpotensi untuk melanggar UU No.5/1999. Kedua pendekatan ini pertama kali tercantum dalam beberapa suplemen terhadap *Sherman Act 1980*, yang merupakan UU Antimonopoli AS, dan pertama kali diimplementasikan oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat pada 1899 (untuk *per se illegal*) dan pada 1911 (untuk *rule of reason*) dalam putusan atas beberapa kasus *antitrust*. Sebagai pioneer dalam bidang persaingan usaha, maka pendekatan-pendekatan yang diimplementasikan di AS juga turut diimplementasikan oleh negara-negara lainnya sebagai praktik kebiasaan (*customary practice*) dalam bidang persaingan usaha.

Demikian halnya dengan Indonesia, dalam UU No. 5/1999 pendekatan *rule of reason* dapat diidentifikasi melalui penggunaan redaksi “yang dapat mengakibatkan” dan atau “patut diduga”. Kata-kata tersebut menyiratkan perlunya penelitian secara lebih mendalam, apakah suatu tindakan dapat menimbulkan praktek monopoli yang bersifat menghambat persaingan. Sedangkan penerapan pendekatan *per se illegal* biasanya dipergunakan dalam pasal-pasal yang menyatakan istilah “dilarang”, tanpa anak kalimat “...yang dapat mengakibatkan...”. Berdasarkan hal-hal tersebut maka KPPU juga menerapkan kedua pendekatan ini dalam pengambilan keputusan atas perkara-perkara persaingan usaha.

Pentingnya pendekatan-pendekatan *rule of reason* dan *per se illegal* dalam persaingan usaha, antara lain:

a. *Rule of reason*

Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan.

Pendekatan ini memungkinkan pengadilan melakukan interpretasi terhadap UU seperti mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan. Hal ini disebabkan karena perjanjian-perjanjian maupun kegiatan usaha yang termasuk dalam UU Antimonopoli tidak semuanya dapat menimbulkan praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat atau merugikan masyarakat. Sebaliknya, perjanjian-perjanjian maupun kegiatan-kegiatan tersebut dapat juga menimbulkan dinamika persaingan usaha yang sehat. Oleh karenanya, pendekatan ini digunakan sebagai penyaring untuk menentukan apakah mereka menimbulkan praktek monopoli atau persaingan usaha yang tidak sehat atau tidak.

b. *Per se illegal*

Pendekatan *per se illegal* menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut. Kegiatan yang dianggap sebagai *per se illegal* biasanya meliputi penetapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga penjualan kembali.

Jenis Perilaku yang digolongkan sebagai *per se illegal* adalah perilaku-perilaku dalam dunia usaha yang hampir selalu bersifat anti persaingan, dan hampir selalu tidak pernah membawa manfaat sosial. Pendekatan *per se illegal* ditinjau dari sudut proses administratif adalah mudah. Hal ini disebabkan karena metode ini membolehkan pengadilan untuk menolak melakukan penyelidikan secara rinci, yang biasanya memerlukan waktu lama dan biaya yang mahal guna mencari fakta di pasar yang bersangkutan.

Larangan persekongkolan tender sebagaimana tertuang di dalam Pasal 22 UU No.5/1999 menggunakan pendekatan *rule of reason*. Berdasarkan penjelasan di atas, maka pembuktian indikasi persekongkolan baik di muka peradilan ataupun di dalam proses tender seharusnya melalui sebuah tahapan kualitatif, yakni menilai apakah indikasi-indikasi persekongkolan yang nampak menimbulkan praktek monopoli atau persaingan usaha yang tidak sehat atau tidak.

Dampak kongkrit dari praktek monopoli atau persaingan usaha yang tidak sehat adalah inefisiensi. Dimana harga barang/jasa yang kita bayar lebih tinggi dari harga barang/jasa tersebut yang seharusnya. Praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat berusaha mengambil keuntungan dari kelebihan pembayaran yang seharusnya demi menguntungkan para pelaku monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Sebagaimana diketahui bahwa menetapkan peserta tender sebagai pelaku persekongkolan berimplikasi bukan hanya digugurkan dari proses tender akan tetapi juga dikenakan sanksi Daftar Hitam. Jika pendekatan *rule of reason* ini diabaikan, alih-alih Pokja Pemilihan berusaha mencegah terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat di dalam sebuah tender yang berdampak pada inefisiensi, Pokja Pemilihan beresiko digugat oleh pihak-pihak yang merasa dirugikan karena sebenarnya perbuatan mereka tidak berdampak pada praktek monopoli atau persaingan usaha yang tidak sehat.

Sebagai contoh, PT. A dan PT. B mengajukan penawaran di dalam tender yang sama. Pokja Pemilihan menemukan adanya 2 (dua) indikasi persekongkolan yaitu: Identitas Direktur PT.A dan Pemegang Saham PT. B adalah orang yang sama, dan adanya kesamaan/kesalahan pengetikan dokumen penawaran PT. A dan PT. B.

Tender tersebut menggunakan metode evaluasi harga terendah dan diketahui PT. A dan PT. B menempati urutan harga ke 3 dan ke 4, dengan urutan sebagai berikut:

Tabel 1. Contoh Penawaran Tender PT. A, B, C, D, dan E (1)

Urutan Harga	Nama Perusahaan	Nilai Penawaran
1	PT. C	1.000.000.000,-

2	PT. E	1.100.000.000,-
3	PT. B	1.110.000.000,-
4	PT. A	1.120.000.000,-
5	PT. D	1.200.000.000,-

Pokja Pemilihan memutuskan tidak menggugurkan penawaran PT. A dan PT. B karena posisi keduanya tidak berpengaruh terhadap hasil tender, dimana PT. C sebagai penawar terendah menjadi pemenang. Keputusan yang diambil Pokja Pemilihan seperti ini telah melalui analisa kualitatif dengan pendekatan *rule of reason*. Pokja Pemilihan menilai bahwa meskipun 2 (dua) indikasi persekongkolan terlihat pada penawaran PT. A dan PT. B namun keberadaannya tidak berdampak pada praktek monopoli atau persaingan usaha yang tidak sehat.

Dalam kondisi ini Pokja Pemilihan tetap dapat memberikan edukasi kepada PT. A dan PT. B bahwa indikasi persekongkolan yang muncul dari penawaran keduanya bisa saja diperlakukan berbeda pada tender lain dengan kondisi yang berbeda.

Contoh lainnya, PT. C dan PT. D mengikuti tender pekerjaan konstruksi yang sama dan terindikasi melakukan persekongkolan. Indikasi persekongkolan ditemukan oleh Pokja Pemilihan melalui analisa kuantitatif yakni adanya korelasi antara harga satuan penawaran PT. C dan PT. D. Pokja Pemilihan telah melakukan klarifikasi kepada keduanya, dan telah memastikan bahwa faktor-faktor alamiah telah dapat dieliminasi dari alasan penawaran keduanya berkorelasi.

Urutan harga pada tender pekerjaan konstruksi tersebut adalah sebagai berikut:

Tabel 2. Contoh Penawaran PT. A, B, C, D, dan E (2)

Urutan Harga	Nama Perusahaan	Nilai Penawaran
1	PT. C	40.000.000.000,-
2	PT. D	40.100.000.000,-
3	PT. A	40.110.000.000,-
4	PT. B	40.120.000.000,-
5	PT. E	40.200.000.000,-

Pokja tidak segera menggugurkan penawaran PT. C dan PT. D tetapi melanjutkan ke proses pembuktian kualifikasi.

Pada tahap pembuktian kualifikasi, PT. C tidak hadir pada rapat pembuktian bahkan setelah diundang untuk kedua kalinya. Pokja telah melakukan konfirmasi, namun PT. C tidak memberikan alasan yang kuat atas ketidakhadirannya. Sementara itu, PT. D yang berada di urutan kedua hadir dalam pembuktian kualifikasi dan berkesempatan menjadi pemenang. Jika PT. D menjadi pemenang maka pekerjaan konstruksi akan dilaksanakan dengan nilai lebih tinggi dibandingkan jika PT. C menjadi pemenang. Hal ini merupakan bentuk inefisiensi.

Dengan kondisi ini, Pokja Pemilihan menggugurkan penawaran PT. C dan PT. D dengan alasan bahwa penawaran keduanya dinyatakan berkorelasi dan PT. C sebagai penawar terendah memberikan kesempatan kepada PT. D dengan penawaran yang lebih tinggi untuk memenangkan tender. Keduanya dianggap bersekongkol dan beresiko mengakibatkan inefisiensi. Dalam contoh kasus ini, Pokja Pemilihan hanya menemukan 1 (satu) indikasi persekongkolan namun dilanjutkan dengan analisa kualitatif sebelum menggugurkan penawaran pelaku persekongkolan.

4. KESIMPULAN

Dari penjelasan di atas, beberapa hal yang dapat Penulis simpulkan adalah sebagai berikut: Kekuatan bukti ekonomi dalam sistem hukum di Indonesia masih menjadi perdebatan, namun penggunaannya dalam lingkup tender bukan berarti dikesampingkan. Bukti Ekonomi tetap dapat digunakan sebagai dasar melihat ada/tidaknya indikasi persekongkolan di dalam tender. Akan tetapi untuk menetapkan para pelakunya digugurkan dan dikenakan sanksi Daftar Hitam masih memerlukan analisa kualitatif terlebih dahulu. Model Dokumen Pemilihan yang disusun oleh LKPP memang belum mengakomodir eksistensi bukti ekonomi dan penerapan bukti permulaan yang cukup yang sebenarnya. Akan tetapi, mengingat larangan persaingan usaha tidak sehat telah menjadi salah satu Etika Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, keterbatasan penulisan Model Dokumen Pemilihan idealnya tidak menjadi alasan bagi para Pelaku Pengadaan, khususnya Pokja Pemilihan untuk tidak memeriksa atau tidak mengakui indikasi persekongkolan di luar bentuk-bentuk indikasi yang

dicontohkan. Sehingga penambahan bentuk indikasi persekongkolan di dalam Dokumen Pemilihan, salah satunya dengan memasukan proporsi harga satuan yang berpola antar peserta tender dan/atau terhadap rincian HPS sebagai bagian dari indikasi persekongkolan, bukanlah hal yang terlarang. Larangan persekongkolan tender sebagaimana tertuang di dalam Pasal 22 UU No.5/1999 menggunakan pendekatan rule of reason. Berdasarkan penjelasan di atas, maka pembuktian indikasi persekongkolan baik di muka peradilan ataupun di dalam proses tender seharusnya melalui sebuah tahapan kualitatif, yakni menilai apakah indikasi-indikasi persekongkolan yang nampak menimbulkan praktek monopoli atau persaingan usaha yang tidak sehat atau tidak.

REFERENSI

- Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
- Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah beserta aturan perubahannya.
- Pedoman Pasal 22 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender, Komisi Pengawas Persaingan Usaha.
- Detection of Bid-Rigging in Procurement Auctions, Porter, Robert and Douglas Zona, (1993), *Journal of Political Economy*, 518-538, 1993.
- Deciding between Competition and Collusion, Bajari, Patrick and Lixin Ye, (2003), *The Review of Economics and Statistics*, 2003.
- <https://www.hukumonline.com/klinik/a/arti-bukti-permulaan-yang-cukup-dalam-hukum-acara-pidana-lt5940eb061eb61>
- [Mengenal Penerapan Indirect Evidence dalam Penanganan Kasus Kartel \(hukumonline.com\)](https://www.hukumonline.com/klinik/a/pentingnya-prinsip-per-se-dan-rule-of-reason-di-uu-persaingan-usaha-lt4b94e6b8746a9)
<https://www.hukumonline.com/klinik/a/pentingnya-prinsip-per-se-dan-rule-of-reason-di-uu-persaingan-usaha-lt4b94e6b8746a9>
- Analisis Perilaku Kolusif Antar Peserta Tender Pada Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah Secara Elektronik: Studi Kasus Tender Perbaikan Jalan di Provinsi DKI Jakarta 2011-2014, Darmawan, Sastyo Aji (2016), Tesis, Fakultas Ekonomi dan Bisnis Program Magister Perencanaan dan Kebijakan Publik, Jakarta 2016.